

O ordenamento jurídico se constitui de uma pirâmide de normas hierarquizadas, ou seja, uma norma pertence a um ordenamento jurídico na medida em que se conforma a uma norma superior que rege sua criação.<sup>1</sup> No ápice da pirâmide está a Constituição como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico; depois vêm as *leis* e outros *atos normativos gerais* (decreto, regulamento, regimentos, instruções normativas, portarias) e, por fim, o *atos individuais*, decisões administrativas ou jurisdicionais concretas.<sup>2</sup> A expressão “lei e ato normativo federal ou estadual” mostra que a ação direta de inconstitucionalidade tem por finalidade invocar a jurisdição constitucional do STF para a apreciação da validade de um ato legislativo ou administrativo de *conteúdo normativo* em face da Constituição. São dois, pois, os pressupostos do controle concentrado entre nós: a) o conteúdo normativo do ato impugnado; b) a aferição de sua validade em face da Constituição, o que exclui a relação de validade em face da lei ou de outro ato. Não entram, nesse contexto, nem as leis municipais nem atos privados ainda que sejam normativos.

### A lei

O adjetivo “normativo” se refere apenas a *ato*, não à lei. Isso não apenas pela concordância singular masculina, mas, especialmente, porque o ser normativa é da essência da lei. Portanto, não havia por que se lhe adjetivar para lhe atribuir aquilo que já lhe pertence como essencial. Excepcional é que a lei não seja normativa, seja individual e de efeito concreto. Se a norma constitucional não distinguiu, toda lei deveria ser suscetível de controle de constitucionalidade concentrado, sem indagar de sua normatividade ou não. Mas o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn 842/DF (*infra*), generalizou no sentido de que atos de efeito concreto, incluindo a lei, não se expõem ao controle de constitucionalidade na via

direta. Essa equiparação da lei de efeito concreto com os atos administrativos só tem um ponto de contato, qual seja o de que materialmente ela tem natureza administrativa. Mas a lei de efeito concreto tem uma eminência e uma eficácia que a distancia do simples ato administrativo. O efeito deste é também puramente administrativo, já o efeito da lei, ainda que concreto, não é administrativo, tanto que não pode ser desfeito por ato dessa natureza, e porque, especialmente, a lei de efeito concreto inova a ordem jurídica, o ato administra não. Há leis de efeito concreto que tem seu fundamento diretamente na Constituição, como as leis orçamentárias (art. 165, III, e § 5º) e as leis que instituem autarquias ou que autorizam a criação de empresas estatais e suas subsidiárias ou fundações (art. 37, XIX e XX), as de concessão de anistia, de criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, de criação e extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública (art. 48, VIII-XI), assim como as *leis autorizativas* em geral. São todas de efeito concreto, são individuais porque autorizam ou aprovam a prática de determinados atos, e se esgotam nessa autorização ou aprovação, mas diferentemente do que ocorre com o ato administrativo individual, as leis de efeito concreto vinculam uma situação para o futuro, e, se contrariarem a Constituição, não há outro modo de corrigir o vício senão por via de sua declaração de inconstitucionalidade por ação direta. Dir-se-á que existe a via indireta. Acontece que essas leis, especialmente as que outorgam benefícios pessoais (como as que autorizam doações, as que concedem pensões a determinadas pessoas não vinculadas à previdência), por regra não geram um conflito que suscitem legitimidade para sua impugnação na via incidental. Não me parece procedente o argumento de que, sendo *abstrato o controle*, só há de recair sobre normas. Mas não é esse o sentido do “*abstrato*” da expressão, ou seja, não significa que o objeto do controle há de ser abstrato, mas que o controle se efetiva por meio de *processo abstrato*, ou seja, num processo em que não se discute uma relação concreta de direito material, pois nele se ataca a *lei em tese*, ou seja, ataca a lei sem levar em conta seu conteúdo. O “*abstrato*” se refere ao processo de controle, não ao objeto a ser controlado. A lei de efeito concreto não foi excluída da apreciação na via direta, porque

\* Professor titular aposentado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP.

<sup>1</sup> Cf. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, DALLOZ, trad. de Charles Eisenmann. 1962, p. 355.

<sup>2</sup> Kelsen os chama de *normas individuais*, ob. cit., p. 312, sem razão.

a Constituição não distinguiu. O ato administrativo individual de efeito concreto foi excluído, porque a Constituição só mencionou, para tal efeito, o ato administrativo normativo.

[*Jurisprudência*. STF. EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. [...] Ato de efeitos concretos. Inidoneidade objetiva dessa espécie jurídica para fins de controle normativo abstrato. Juízo de constitucionalidade dependente da prévia análise de atos estatais infraconstitucionais. Inviabilidade da ação direta. Não-conhecimento. – Atos estatais de efeitos concretos, ainda que veiculados em texto de lei formal, não se expõem, em sede de ação direta, à jurisdição constitucional abstrata pelo Supremo Tribunal Federal. A ausência de densidade normativa no conteúdo do preceito legal impugnado desqualifica-o – enquanto objeto juridicamente inidôneo – para o controle normativo abstrato. – [...] – Não se legitima a instauração do controle normativo abstrato quando o juízo de constitucionalidade depende, para efeito de sua prolação, do prévio cotejo entre o ato estatal impugnado e o conteúdo de outras normas jurídicas infraconstitucionais editadas pelo Poder Público. – A ação direta não pode ser degradada em sua condição jurídica de instrumento básico de defesa objetiva da ordem normativa inscrita na Constituição. A válida e adequada utilização desse meio processual exige que o exame in abstracto do ato estatal impugnado seja realizado exclusivamente à luz do texto constitucional. – Desse modo, a inconstitucionalidade deve transparecer diretamente do texto do ato estatal impugnado. A proteção desse juízo de desvalor não pode e nem deve depender, para efeito de controle normativo abstrato, da prévia análise de outras espécies jurídicas infraconstitucionais, para, somente a partir desse exame e num desdobramento exegético ulterior, efetivar-se o reconhecimento da ilegitimidade constitucional do ato questionado” (ADIn 842/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Maioria. RTJ 147/ 545). – EMENTA: “Decreto legislativo que susta a realização de licitação pública convocada pelo Estado não se impregna de essência normativa. Ainda que incorporado a texto de espécie jurídica formalmente legislativa, esse ato – precisamente porque seu conteúdo veicula determinação materialmente administrativa – não se expõe à jurisdição constitucional de controle ‘in abstracto’ do Supremo Tribunal Federal (ADIn 834/MT. Medida cautelar. Rel. Celso de Mello. RTJ 147/82)].

*Normatividade* da lei ou de qualquer ato significa comando geral, abstrato e impessoal, ou seja, um comando destinado a incidir para o futuro em reiteradas aplicações, sempre que ocorra a hipótese prevista de modo a alcançar um número indeter-

minado e indeterminável de destinatários.<sup>3</sup> A lei se diferencia de outros atos normativos porque, além de conter um comando geral, abstrato e impessoal, também importa *inovação* do ordenamento jurídico. A distinção da lei em formal e material pode ser útil. *Lei em sentido formal* é o ato emanado do Poder Legislativo segundo um procedimento qualificado que tenha por objeto a formação do ato legislativo, denominado *lei*, qualquer que seja o seu conteúdo, assim é porque há atos legislativos que não são leis, ainda que possam ser normativos: decreto legislativo, resoluções. Por regra, a lei formal é também lei material, porque é função da lei disciplinar interesses (conteúdo) relativos a determinada matéria, mas, como visto, há leis puramente formais, ou seja, leis que só se qualificam tais porque emanaram do Poder Legislativo de acordo com aquele procedimento, mas, por não serem normativas e serem de efeito concreto, não passam de atos materialmente administrativos. Por outro lado, há atos normativos inovadores da ordem jurídica que não emanam do Poder Legislativo. Não são leis formais, portanto; mas são leis no sentido apenas material, tais os decretos-lei, as medidas provisórias, as leis delegadas. O signo *lei* está no dispositivo, em comentário, no seu sentido abrangente. Inclui as leis ordinárias e as leis complementares, as medidas provisórias, as leis delegadas e as emendas constitucionais (leis constitucionais). Não inclui os decretos-lei, não porque estes não sejam equiparados às leis, mas porque a Constituição de 1988 não os previu, vale dizer, só existem decretos-lei anteriores à Constituição. Logo, se se contrastarem com ela, não se tem uma relação de validade, mas simples relação de vigência, de modo que a questão se afere com base no princípio *lex posterior derogat lex prior*, e não segundo o princípio *lex superior derogat lex inferior*, quer dizer, a questão se resolve pela consideração de sua revogação e não pelo julgamento de sua inconstitucionalidade.

## Atos normativos

São atos administrativos, provenham de qualquer dos Poderes do Estado. São aqueles que Hely Lopes Meirelles chama de *atos administrativos gerais*, expedidos sem destinatários determinados, com finalidade normativa, alcançando todos os sujeitos que

<sup>3</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 14. ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 374.

se encontrem na mesma situação de fato abrangida por seus preceitos. São atos estatais revestidos de abstração, generalidade e impessoalidade.<sup>4</sup> Contrapõem-se aos *atos administrativos individuais*, que são aqueles que se dirigem a destinatários certos, criando-lhes situações jurídicas particulares, mesmo quando abrangem vários sujeitos, desde que individualizados (decretos de desapropriação, de nomeação, de exoneração, de outorga de licença, permissão e autorização, e outros que conferem um direito ou impõem um encargo a determinado administrado ou servidor).<sup>5</sup> A jurisprudência do STF vem depurando o conceito de atos normativos, às vezes um pouco restritivamente. O julgado em seguida citado é conceitual.

[*Jurisprudência*. STF: A noção de ato normativo, para efeito de controle concentrado de constitucionalidade pressupõe, além de sua autonomia jurídica, a constatação do seu coeficiente de generalidade abstrata, bem assim de sua impessoalidade, elementos que lhe conferem aptidão para atuar, no plano do direito positivo, como norma revestida de eficácia subordinante de comportamentos, estatais ou individuais, futuros (ADInQO 587/MG. Rel. Min. Celso de Mello, 7.11.1991. DJU 8.5.1992)]

## Regulamentos normativos autônomos

Os chamados *regulamentos normativos autônomos* são suscetíveis de controle de constitucionalidade direta, segundo ampla jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.<sup>6</sup>

[*Jurisprudência*. Voto preliminar, vencedor do Min. Celso de Mello: Tenho para mim, sr. Presidente, que a espécie jurídica ora impugnada constitui ato estatal autônomo, instrumentalmente formalizado mediante decreto, cujo conteúdo, desvestido de qualquer conotação regulamentar, apresenta-se, a meu ver, fortemente impregnado de normatividade, atestada por seu caráter de generalidade, abstração e impessoalidade, revelando-se, por isso mesmo, juridicamente idôneo para efeito de seu controle concentrado ou em abstrato de constitucionalidade",

Voto na ADIn 482/ôneo para efeito de seu controle concentrado ou em abstrato de constitucionalidade, (ADIn 482/J. Medida Cautelar. Rel. Min. Néri da Silveira. RTJ 150/387)].<sup>7</sup>

## Regulamentos para fiel execução de lei

*Regulamentos para fiel execução de lei* (CF., art. 84, IV). São típicos atos normativos do Poder Executivo. São atos administrativos. Não são leis em sentido material, como, às vezes, se dizem, porque são atos infralegais, subordinados, não inovadores da ordem jurídica. Mas expressam a mesma normatividade da lei que regulamentam, não têm recebido o mesmo tratamento, porque o Supremo Tribunal Federal reiteradamente tem decidido que o eventual extravasamento, pelo ato regulamentar, dos limites a que se acha materialmente vinculado poderá configurar insubordinação administrativa aos comandos da lei, e se inconstitucionalidade houver será meramente reflexa (ADIn 1.347/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJU 1º/12/1995).<sup>8</sup> Desconfio que a fonte desse entendimento vem da postura da Corte Constitucional italiana que tem excluído os regulamentos de sua apreciação de constitucionalidade, porque, por efeito de sua subordinação à lei, tais atos não se põem em contato direto com a Constituição.<sup>9</sup> Mas essa postura da Corte italiana está em contexto muito diverso. A interpretação constitucional não pode ser feita senão em conformidade com o contexto em que a Constituição se insere. Com razão o que disse o Min. Carlos Velloso:

Temos que interpretar as normas constitucionais no seu contexto e quando interpretamos a Constituição é bom lembrar a afirmativa de Marshall, no "M'Culloch v. Maryland", de 1819: quando se interpretam normas constitucionais, deve o intérprete estar atento ao espírito da Constituição, ao que ela contém no seu contexto. Parece-me que a interpretação literal não prestaria obséquio à Constituição, que deve ser sistematicamente interpretada [...] (Voto na Reclamação 383/SP, RTJ 147/465).

Aqui o contexto constitucional define expressamente os atos normativos, sem distinção,

<sup>4</sup> Cf. Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*, 27. ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 159.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 160.

<sup>6</sup> Cf. Jurisprudência cita por Clemerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 211, nota 160.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 189, nota 105.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 211, nota 159.

<sup>9</sup> Cf. Giorgio Betti, *Interpretazione costituzionale*, 2. ed., Padova, CEDAM, 1990, p. 606.

como objeto do controle de constitucionalidade concentrado. Ora, o regulamento que ultrapassa os limites da lei regulada fere a Constituição porque invade o campo legislativo. Quando o Poder Executivo, por si ou por qualquer de seus órgãos, pratica ação normativa que a Constituição assinalou ao Congresso Nacional (art. 25 do ADCT), estará produzindo ato inconstitucional, pouco importa que esse ato seja isolado ou integre um regulamento de lei. Naquilo em que o regulamento extravase os limites da lei, ele é diretamente inconstitucional, porque, nesse aspecto, ele não está mais no terreno regulamentar. Ao contrário do que concebe a jurisprudência do STF, a Constituição entende que o regulamento que exorbite do poder regulamentar fere diretamente a Constituição, quando, no art. 49, V, dá competência ao Congresso Nacional para sustá-lo em tal condição.

### Parecer normativo

Quando um *parecer normativo* se caracteriza como ato normativo sujeito ao controle direto de inconstitucionalidade? Os pareceres jurídicos emitidos pelos órgãos consultivos federais e estaduais não são atos normativos, mas atos interpretativos e, portanto, de caráter puramente opinativo. Como tal, não podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade. Mas os atos governamentais que incorporem o conteúdo desses pareceres, dando-lhes generalidades regulatórias de condutas futuras, constituem atos normativos. São mesmo publicados como *atos normativos*, porque se destinam a normatizar situações administrativas controvertidas, dando-lhes, portanto, uma direção unificada. Nesse particular, parece-me correta a seguinte passagem do voto do Min. Celso de Mello no voto preliminar emitido na ADIn. 4/DF (RTJ 147/807:

O ato presidencial em questão, ao conferir normatividade ao próprio conteúdo do Parecer emanado da Consultoria-Geral da República, deu-lhe projeção global, na medida em que vinculou às suas conclusões genéricas e formulações abstratas, de modo direto e indireto não apenas os órgãos e entidades do Poder Executivo — como o Banco Central do Brasil, que é autarquia federal investida da condição de autoridade monetária —, mas, também, as próprias instituições integrantes do sistema financeiro nacional [...].

Nesse mesmo sentido, aliás, também votou no caso o Min. Carlos Velloso (id. ib.). Tese, aliás, acolhida pelo STF no julgamento daquela ADIn (Ementa, n. 5).

Enfim nessa matéria é preciso ter em mente que uma Constituição tem como objetivo básico garantir a vigência e a eficácia dos direitos fundamentais da pessoa humana. A organização constitucional do Estado e dos Poderes não tem valor em si, mas só o tem na medida em que são preordenados para fazer valer aquele objetivo constitucional. Logo, a missão mais importante da jurisdição constitucional consiste na defesa dos valores que a Constituição incorpora, sobretudo os valores da dignidade da pessoa humana que atrai todos os direitos fundamentais do homem. Significa isso que a defesa desses valores se superpõe a todas as demais considerações. Isso quer dizer também que os pressupostos para o controle da constitucionalidade dos atos do Poder Público, expressivo meio de defesa jurídica da Constituição, hão de ter interpretação expansiva, não restritiva como o Supremo Tribunal Federal tem feito, quer quanto aos objetos do controle — leis e atos normativos — quer quanto à legitimação para agir em ação direta de inconstitucionalidade. A justiça constitucional, para alcançar esse *desideratum*, tem-se baseado nos princípios da jurisprudência dos valores.